

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

THE PROPORTIONALITY PRINCIPLE AND THE INADMISSIBILITY OF THE ILLEGAL EVIDENCE IN THE PENAL PROCEEDING

Rodrigo Ribeiro Vitor¹¹⁷

Resumo

O presente artigo propõe-se a uma reflexão sobre os fundamentos que justificam as proteções incidentes sobre as provas no processo penal trazidas pelo ordenamento jurídico pátrio, assim como, de que maneira o princípio da proporcionalidade pode ser aplicável para mitigar possíveis impactos danosos para a sociedade que a atual legislação e posição jurisprudencial majoritária adota. A partir de um método indutivo, abordando um caso julgado pela Suprema Corte brasileira, são apresentados os principais princípios a orientar a valoração da prova, as considerações relevantes para caracterizar a prova como ilícita e, por fim, como o princípio da proporcionalidade, aplicado ao processo penal, pode ser utilizado para corrigir possíveis distorções a que a rigidez da inadmissibilidade processual das provas ilícitas poderia levar em casos de flagrante e considerável gravidade.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. Provas ilícitas. Inadmissibilidade.

Abstract

This article proposes a reflection on the grounds justifying the incidents protections on the evidence in the criminal proceedings brought by the national legal system, as well as how the proportionality principle can be applied to mitigate potential harmful impacts on society that the current legislation and majority jurisprudential position adopts. From an inductive method, analyzing a case judged by the Brazilian Supreme Court, presents the main principles guiding the assessment of evidence, considerations relevant to characterize the evidence as unlawful and, finally, finally, like the principle of proportionality, applied to the criminal proceedings may be used to correct possible distortions to which the rigidity of procedural inadmissibility of illegal evidence could take in cases of flagrant and considerable gravity.

Keywords: Proportionality principle. Illegal evidence. Inadmissibility.

INTRODUÇÃO

As provas no processo possuem a função de reconstruir uma verdade histórica que comprovará a existência verídica de fatos para fins de formação da coisa julgada, como aponta Eugênio Pacelli (2010).

117 Mestrando em Direito Constitucional na Universidade Federal do Rio Grande do Norte – (UFRN), Especialista em Direito Constitucional. E-mail: rvitoradv@gmail.com

O estudo das provas do âmbito do processo penal é um tema que, apesar de pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao menos quanto à impossibilidade de admissão de uma prova obtida de forma ilícita num processo penal, é fonte geradora de grande polêmica, sobretudo pelo sentimento de injustiça aflorado em grande da parte da população sempre que algum caso a isso relacionado é enfrentado pelo Excelso Tribunal.

É o caso, por exemplo, do julgamento que se segue, no qual determinada prova não pôde integrar um determinado processo no qual o acusado teria praticado diversas condutas criminosas relacionadas a estupros de vulneráveis no estado de Goiás. Essas provas seguramente incriminariam o acusado por tratar-se de uma constatação real, uma verdade real e objetiva de que o mesmo praticara o ato criminoso. No entanto, o ministro Celso de Melo entendeu tratar-se de uma verdade que não podia ser admitida como processual. Nesse sentido, segue:

Prova Ilícita: Inadmissibilidade (Transcrições) RE 251.445-GO* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. - Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico

pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular.

Não há dúvida de que um posicionamento como o apontado acima desperta na sociedade não um sentimento de necessidade de proteção contra o Estado, mas sim um sentimento de profunda injustiça, de abandono estatal, de medo ante seus próprios pares.

Passa-se então, a analisar esse importante tema a fim de provocar uma reflexão mais aprofundada sobre os fundamentos que justificam as proteções que lhe são trazidas pelo ordenamento jurídico pátrio, assim como, de que maneira o princípio da proporcionalidade poderia ser aplicável para mitigar os impactos danosos para a sociedade que a atual legislação e posição jurisprudencial majoritária adota.

PRINCÍPIOS NORTEADORES RELACIONADOS À PROVA

Utilizando-se da classificação geral para os princípios relacionados à prova, adotada por Walter Nunes Silva Júnior (2009, p.163), apontam-se cinco princípios a serem considerados em quaisquer discussões sobre o tema, os quais são:

- Princípio do ônus da prova: a regra aponta que o ônus é de quem a alegar, como demonstrado no art. 156 do CPP: 'A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]'. No entanto, ressalta que o juiz, de ofício, poderá ordená-la antes de iniciada a instrução ou determiná-la no curso do processo para dirimir dúvidas, sempre que julgar pertinente

e necessária. Aqui, merece destaque a crítica do autor pelo fato de que há a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a produção de provas sem que haja sequer um processo em curso, do qual o legitimado para ajuizar a ação pode até mesmo desistir de fazê-lo, se assim entender adequado;

- Princípio do contraditório da prova: toda prova produzida poderá ser contestada pela parte contrária, devendo haver sempre uma oportunidade para tanto;
- Princípio da comunhão da prova: a prova produzida por uma parte também pode ser utilizada pela outra, se julgar adequado. A prova, por esse princípio e, apesar de se destinar ao convencimento do juiz, é do processo, não de determinada parte que a produziu, que não pode nem mesmo desentranhá-la do processo sem o consentimento da outra parte, como descrito no art. 401, § 2º, do CPP;
- Princípio do livre convencimento motivado: aponta que o juiz pode valer-se, para a formação do seu convencimento, tanto das provas obtidas na fase processual quanto na fase de investigação policial, desde que não utilize essas últimas como fundamentação única para sua decisão, como demonstrado no art. 155 do CPC.

Como apontado por José Laurindo de Souza Neto (2006, p.141),

o princípio do livre convencimento nasceu, em certo sentido, em oposição ao princípio da prova legal. Nele, o juiz pode levar em consideração, para sua própria decisão, cada elemento legalmente admitido no processo, sem estar ligado a qualquer vínculo que atribua valor privilegiado a um elemento em detrimento de outro. O princípio do livre convencimento do juiz não pode conduzir à arbitrária substituição da acurada busca da certeza, em termos objetivos e gerais, por uma apodictia afirmação de conhecimento. Impõem-se sempre uma verificação histórica do *thema probandum*, de forma a excluir qualquer possibilidade de dúvida. Não se pode esquecer que livre convencimento não é julgamento *ex informata conscientia* com o qual não se confunde, porque pressupõe a livre apreciação da prova, jamais a independência desta. Assim, não é faculdade absolutamente discricionária do juiz e obedece a certas regras.

- Princípio da liberdade da prova e limitações quanto à forma de obtenção: como regra geral, seria admitido qualquer meio de prova capaz de satisfazer o princípio da verdade real e ao interesse público de solução do conflito, salvo exceções previstas no art. 155, § único e art. 479, caput, do CPP.

Fernando Capez (2011) elenca uma outra classificação em termos de princípio gerais da prova que guarda alguma semelhança com a classificação já elencada. Ele destaca os seguintes princípios gerais da prova distintos da classificação. São eles:

- Princípio da autorresponsabilidade das partes, pelo qual as partes assumem todas as consequências advindas de sua atuação;
- Princípio da oralidade, pelo qual deve haver a predominância das provas produzidas oralmente;
- Princípio da concentração, pelo qual busca-se concentrar toda a produção da prova na audiência;
- Princípio da publicidade, pelo qual todos os atos processuais devem ser públicos e o segredo de justiça é exceção.

Em relação ao princípio da liberdade da prova e limitações quanto à forma de obtenção, encontra-se o foco da presente discussão.

PROVAS ILÍCITAS VIOLADORAS DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como apontado por Silva Júnior (2009), a tese de inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente surgiu decorrente de uma construção jurisprudencial da Suprema Corte Americana, em 1886, sob o argumento de que essa garantia visa proteger direitos fundamentais declarados na Constituição. Aponta o autor que a Constituição Portuguesa foi a que serviu de referência para a elaboração da Constituição Brasileira quanto à proteção em questão. A diferença fundamental está no fato de que nossa Constituição optou por estabelecer uma regra geral

para a proibição de admissibilidade da prova obtida por meio ilícito, enquanto a portuguesa preferiu elencar os casos em que a violação se caracteriza.

Eugênio Pacelli Oliveira (2010, p.354) enfatiza que “toda restrição a determinados meios de prova deve estar atrelada (e, assim, ser justificada) à proteção de valores reconhecidos pela e positivados na ordem jurídica”. Isso parece ser tônica das previsões, constitucional e legal, apontadas a seguir.

O texto constitucional referente à inadmissibilidade da prova ilícita é claro e está assim descrito no art. 5º, inciso LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Por sua vez, a Lei nº 11.690/08, que modificou a redação do art. 157 do CPP, modificou o entendimento ora vigente acerca das provas ilícitas. Até então, havia a distinção entre prova ilícita (produzida em detrimento de violações de direito material) e prova ilegítima (produzida em detrimento de violações de direito processual). Com a nova redação, ambos os tipos de violações passaram a ser tratados como provas ilícitas, não importando mais a origem da norma violada.

Assim aponta o exato teor do novo texto disposto no art. 157 do CPP:

São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Walter Nunes (2009, p.201) resume as três exceções pela admissibilidade da prova ilícita trazidas pela lei: “1. falta de nexo de causalidade entre a prova originária ilícita e a derivada; 2. fonte independente da prova derivada; 3. descoberta inevitável da prova derivada”.

Nunes (2009, p. 174) ainda elenca três correntes doutrinárias acerca da valoração das provas obtidas por meio ilícito, conforme segue:

- A independência entre o direito processual e o material faz com que o ato de captação da prova, embora censurável até criminalmente, não contamine a prova produzida;
- A invalidade da prova obtida ilicitamente, tendo em conta a unidade do ordenamento jurídico, tese mais radical da *exclusionary rule*;
- A prova ilícita só não produz efeito quando viola norma constitucional ou um princípio geral da Constituição. Ainda assim, deve ter-se em conta a aplicação das exceções às *exclusionary rules*, tese mais flexível da teoria da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito.

O referido autor aponta que a corrente mais aceita é justamente essa última, tanto no Brasil quanto no estrangeiro.

Mais do que uma afirmação carregada de conteúdos éticos no trato das questões de Direito, a vedação à utilização de provas ilícitas no processo cumpre um propósito ainda maior, que é o de controlar a regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas coletoras de provas ilegais por parte do Estado, que é o maior responsável pela sua produção. Dessa maneira, como aponta Oliveira (2009, p.357), “cumpre função eminentemente pedagógica, ao tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica”.

O Supremo Tribunal Federal tem sido o grande guardião dessa função pedagógica decorrente da inadmissibilidade das provas produzidas ilicitamente, inclusive, fazendo a opção pela adoção de uma teoria complementar segundo a qual uma prova lícita derivada

de um ato ilícito estaria contaminado e também não poderia integrar as provas entranhadas ao processo, a chamada “teoria dos frutos envenenados”. Apesar disso, essa mesma teoria já foi rechaçada pelo próprio tribunal em anos anteriores, como aponta Silva Júnior (2009), a exemplo do julgamento do processo criminal promovido contra o ex-presidente da República Fernando Afonso Collor de Melo, o que evidencia tratar-se de uma teoria que provavelmente poderá tornar a ser desprezada, a depender da composição que vier a ter o Supremo Tribunal Federal.

Percebe-se que, com o passar do tempo, deixou-se de privilegiar a apuração e o descobrimento da verdade dos fatos para a produção das provas para privilegiar, sobretudo, a proteção de direitos constitucionais e legais do cidadão ante a ameaça do Estado. Assim, optou-se por inadmitir a produção de provas produzidas ilicitamente, mais tarde relativizada em determinados casos, como apontado acima.

Entretanto, nota-se mediante a posição jurisprudencial, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, uma falta de racionalidade na admissão de muitas outras exceções que, apesar de não evidenciadas tão explicitamente quanto às hipóteses elencadas no art. 157 do CPP, são facilmente deduzidas pela simples aplicação de um princípio tão em voga e necessário ao intérprete da lei quanto o princípio da proporcionalidade, que se passa a analisar a seguir.

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Antes de adentrar propriamente a análise do princípio em questão, torna-se imperioso uma breve contextualização acerca do papel dos princípios dentro do momento hermenêutico vigente. Nesse sentido, aponta Luis Roberto Barroso (2008, p. 326-333) que “o constitucionalismo moderno promove, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito”. Ainda de acordo com o autor, no centro desse sistema, representando a síntese de seus valores e conferindo unidade e harmonia, encontram-se os princípios

constitucionais, implícitos ou explícitos, dotados de significativa normatividade.

Por sua vez, esse cenário, dentro de uma realidade construída no seio do Estado Democrático de Direito que confere mais autonomia ao direito, vem fertilizar o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional. Nessa nova fase, a atividade de interpretação do que é o direito é constitutiva, não simplesmente declaratória (GRAU, 2009, p. 26). Segundo Eros Grau, isso ocorre porque a norma não é mais o simples reflexo do texto escrito (regras). Ela passa a ser fruto de todo um processo interpretativo, isto é, seu significado será produzido pelo intérprete a partir dos preceitos, dos enunciados e dos princípios de unidade e estruturação valorativa do ordenamento jurídico. Isso permite ao representante do Poder Judiciário trabalhar construtivamente os princípios e regras constitutivos do direito vigente, de maneira a satisfazer, ao mesmo tempo, a crença na legalidade, traduzida pelo sentimento de segurança jurídica, e também necessidade de uma decisão particularizada e adequada ao caso concreto que se coloca em questão, alimentando o sentimento de justiça efetiva (CARVALHO NETO, 1998, p. 239). Carlos Blanco de Moraes (2001, p. 622) ensina que “segurança jurídica e justiça, por mais que estejam intimamente ligadas entre si, não são conceitos equivalentes, uma vez que a primeira se apresenta como condição de realização da segunda, que por sua vez é o fim buscado pelo direito”.

Dentro dessa nova postura hermenêutica, calcada numa visão substancialista da Constituição a partir de Dworkin, tem-se a noção de soberania da Constituição que molda e conforma as demais formulações jurídicas e políticas, a objetividade interpretativa amparada na ideia de respeito ao texto constitucional, à história, aos precedentes, às regras de procedimento e às normas de competência, além da crença de que o direito não é apenas composto por regras jurídicas, mas também constituído por princípios jurídicos abertos como justiça, imparcialidade, igualdade e liberdade, a serem trabalhados na atividade interpretativa. J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 1196-1197) aponta que se trata de uma corrente “não interpretativista”,

por defender a possibilidade e mesmo a necessidade do magistrado invocar e aplicar valores e princípios substantivos, como os expostos imediatamente acima, contra quaisquer atos dos demais poderes que estejam em desconformidade com o “projeto constitucional”.

Por sua vez, Paulo Ferreira da Cunha (2001, p. 95) chega a tratar esses princípios como não princípios, “pois dentre outras razões, eles seriam superiores aos princípios, seriam inspirações para os princípios, e deles não decorreriam imediatamente regras”.

Pode-se afirmar que não há necessariamente um rompimento com a corrente interpretativista, que defende uma interpretação constitucional objetiva, previsível, democrática. Contudo, representa uma evolução a partir da pré-compreensão dos conceitos dos valores substanciais da Constituição, no sentido de que aquilo que eles representam, a vontade, o sentimento constitucional (VERDÚ, 2006, p. 131-152) como expressão da afeição do cidadão pela justiça, pela igualdade, pela liberdade, pelo pluralismo hodierno, justifica e fundamenta uma interpretação constitucional que reconhece as lacunas, a incompletude sistêmica, e que se volta ao consenso, ao futuro, à formulação de normas concretas preocupadas e capazes de solucionar problemas e zelar pela pacificação social.

Assim, chega-se a um momento hermenêutico no qual há uma preocupação legítima de aproximar a construção da norma ao problema concreto a ser solucionado, justamente por entender-se, com isso, haver maiores possibilidades de efetiva solução justa e de potencial consensual. Isso não significa o desenvolvimento de uma hermenêutica simplista ou arbitrária, pelo contrário, trata-se de um processo complexo, ainda que uno, que envolve interpretação e concretização. Nesse sentido, Friedrich Müller (2008, p. 232-268) vem apontar que “a concretização da norma é a própria construção da norma e que essa construção há de ser sempre prática, ou seja, a vinculação metodológica do programa jurídico obtido com o âmbito normativo encontrado da estrutura material normatizada será sempre realizada pelo operador do direito no caso específico”. Porém, esse processo de concretização não pode ser simplista, pelo contrário,

deve elevar as exigências pela racionalidade, o que é extremamente complexo, sobretudo quando aplicada ao Direito Constitucional, caracterizado pela multiplicidade de espécies normativas e de ponderações apoiadas em juízos mais éticos que jurídicos.

Corroborando o entendimento supracitado, Eros Grau (2009, p. 29) afirma que “o processo de concretização da norma parte de um caminhar interpretativo do texto da norma para a construção da norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, mais isso ainda não significa a concretização da norma”, que só se materializará mediante a formulação, pelo juiz, de uma “decisão judicial que expressa a norma de decisão”, apta a solucionar o conflito que se apresenta. Daí dizer que a interpretação e a concretização são partes de um mesmo processo, sendo que, “inexiste, hoje, interpretação do direito sem concretização: esta é a derradeira etapa daquela”.

Feitas as considerações supracitadas, a fim de destacar a importância dos princípios para o operador do direito de hoje, volta-se à análise específica do princípio em comento. O termo “proporcionalidade” tem origem no latim *proportionalis*, de *proportio*, que quer dizer proporção, correspondência, relação. Como ensina Souza Netto (2006, p.63), “revela-se numa igualdade relativa, consequente da relação das diferentes partes de um todo já comparadas entre si”. Em sua obra, o autor aponta que esse princípio se constitui num parâmetro que vai ponderar e valorizar os atos do poder público para constatar se eles estão carregados do maior valor inerente a todo o ordenamento jurídico, que é a justiça.

O princípio da proporcionalidade seria um guia para a atividade interpretativa, concedendo a esta atividade considerável grau de liberdade de atuação, com vista a atingir os fins pretendidos (SOUZA NETTO, 2009).

É, notadamente, uma proteção, um limite, imposto ao Estado, mas também ao cidadão comum, um princípio que deve ser utilizado para se estabelecer a moderação, a ponderação, a racionalidade, e então transformar-se na maior e mais eficiente ferramenta para se alcançar a desejada justiça e a satisfação do ideal de dignidade da pessoa humana.

É fato que também impõe limites a eventuais medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias, de maneira a não permitir que essas sejam utilizadas sem que haja um propósito lícito ou então uma alternativa menos gravosa ou restritiva (SOUZA NETTO, 2009).

A aplicação desse princípio no Direito Processual Penal, como ensina o autor supracitado, ocorreu pela primeira vez na Alemanha, em 1875, num processo em que se buscava a aplicação de penas proporcionais aos crimes objetos do processo no qual jornalistas haviam se recusado a depor. Sua importância está em discutir, à luz da proporcionalidade ou da razoabilidade, a conveniência de sanções processuais penais, como prisões temporárias e preventivas, além da validade ou não das provas obtidas ilicitamente e que poderão ou não integrar o processo penal.

Quando aplicado especificamente à produção de provas ilícitas, visa a correção de possíveis distorções a que a rigidez da inadmissibilidade processual das provas ilícitas poderia levar em casos de flagrante e considerável gravidade. Explica o autor que na Alemanha é admitido sob o fundamento do princípio do equilíbrio entre os valores fundamentais contrastantes ou com base na teoria da cedência recíproca entre os direitos constitucionais ou do princípio da concordância prática, uma vez que os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio e também de sua convivência, que pressupõe e torna necessária uma interpretação harmônica e abrangente das liberdades constitucionais.

É também necessário destacar que o subjetivismo inerente a uma interpretação em que se aplique o princípio da proporcionalidade pode também ocasionar desvios e alguns riscos a garantias constitucionais do cidadão, daí a necessidade de também se estabelecer alguns critérios para seu manejo durante o andamento processual penal.

Como bem aponta Silva (2009, p. 201), o intérprete, ao valer-se do princípio da proporcionalidade para decidir se admite ou não uma dada prova obtida de forma ilícita, deve considerar:

- a) O interesse concreto da persecução criminal;
- b) A gravidade da lesão à norma;

c) O bem jurídico tutelado pela norma constitucional violada;

d) A carência de tutela do interesse lesado.

Não basta que o intérprete justifique sua decisão pela acolhida ou não da prova viciada ao processo penal pela simples menção de critérios subjetivos que vão ao encontro de suas percepções pessoais, são necessários critérios para aplicá-lo, levando-se em consideração todos os interesses identificáveis na situação fática posta em juízo, assim como a repercussão e a capacidade pedagógica dessa decisão, tanto para os agentes do Estado, responsáveis pela produção das provas, quanto para a sociedade, hoje, tão violadora de direitos alheios quanto o próprio Estado.

Não é correto alegar que a nossa Constituição veda absolutamente a admissão da prova ilícita, de maneira a tornar impossível se cogitar em fazer sua ponderação com outros direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna.

Seria a garantia elencada no inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal mais importante que a garantia exposta no caput do mesmo art. 5º, que protege a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade?

Seria a garantia em comento mais importante do que busca pelo ideal de justiça de toda uma sociedade, estabelecida no inciso I, do art. 3º, da mesma Carta Constitucional?

Pode um direito individual ser justificativa para despertar em toda uma sociedade um sentimento de injustiça e de que não vale a pena seguir regras? Deve-se correr o risco de estimular a justiça com as próprias mãos quando o Estado, para garantir o direito de um, afronta o direito dos demais? É o Estado o único transgressor de direitos individuais fundamentais?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, ao fazer uma breve abordagem de como o tema de inadmissibilidade de provas ilícitas é tratado pelo legislador, por parte da doutrina e da jurisprudência, constata que, como regra, não

são admitidas provas ilícitas no processo, salvo algumas exceções. Quando as mesmas são identificadas, deve-se desentranhá-las do processo penal.

Percebe-se que essas regras, sejam de origem constitucional ou infraconstitucional, constituem-se garantias individuais fundamentais ante a uma possível violação de outras garantias individuais fundamentais pelo Estado, historicamente o maior transgressor e também maior responsável pela produção das provas.

No entanto, o sistema vigente, em certas ocasiões, acaba por despertar um sentimento de profunda injustiça em toda a sociedade (ao menos do ponto de vista do cidadão comum), como no julgado apresentado no capítulo introdutório, uma vez que a verdade dos fatos é substituída por uma formalidade processual, que a princípio é proteção, mas que, a depender da situação, pode se transvestir de violação a direitos.

As indagações apresentadas no capítulo anterior certamente não podem ser respondidas objetivamente, pois se requer uma análise mais apurada sobre as consequências a serem consideradas diante de cada caso concreto. Fato é que a maneira como a questão de admissão de provas ilícitas tem sido tratada pelo nosso sistema jurídico-legislativo desperta em nossa sociedade um profundo sentimento de injustiça e de impunidade, quando deveria ocorrer exatamente o contrário. Atualmente enxerga-se tal garantia como proteção do cidadão contra o Estado, mas se esquece que o próprio cidadão é hoje um dos maiores, senão o maior, violador de direitos alheios.

Historicamente o Estado, ou o detentor do poder, demonstra desrespeito para com o cidadão, expondo-o a perigo e violando direitos de dignidade que são inerentes ao ser humano, em especial o Estado brasileiro. Até certo ponto é compreensível que logo após se sair de um regime ditatorial, valorize-se sobremaneira a liberdade individual a ponto de se ampará-la com um rol de direitos que alcança outro extremo, não menos prejudicial, que é a libertinagem, uma sociedade caracterizada somente pela existência de direitos e não de direitos e também de deveres. O cenário atual indica que o legislador,

boa parte do Judiciário e também da doutrina valorizam de maneira perigosamente desigual a tratativa e a importância dada aos direitos em relação aos deveres. Os representantes brasileiros se orgulham de ir muito além das garantias ofertadas em democracias mais maduras que as brasileiras.

Copiam-se ideais, filosofias, estruturas sistêmicas, mas se esquece de analisar a maturidade da sociedade brasileira, que ainda carece de uma visão madura do que é viver coletivamente, muito diferente da realidade encontrada nessas democracias mais amadurecidas. Ou seja, copiam-se boas ideias a ponto de inclusive ampliar sua abrangência, mas se esquece de analisar sua aplicabilidade ao contexto interno, bem como as eventuais consequências.

Ao menos na seara criminal, hodiernamente, no Brasil, o próprio cidadão é quem mais afronta a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade alheia. Assim, parece indispensável haver uma proteção processual penal que zele pela aplicabilidade da justiça de fato, pelo sentimento de justiça em toda a sociedade, valor maior do ordenamento jurídico, como apontado anteriormente. Enquanto a legislação processual penal no âmbito constitucional e infraconstitucional não evolui para corrigir esse desvio, o princípio da proporcionalidade surge como instrumento mais adequado para que o Judiciário cumpra com o papel de manutenção da ordem e da propagação do sentimento de que há justiça, e que essa é uma justiça de fato, não apenas formal ou romântica.

É por intermédio do princípio da proporcionalidade, aplicado em todos os casos concretos postos em discussão, e não apenas em casos extremos e especiais, que o magistrado poderá alcançar todos os fins pretendidos pela Constituição, não apenas a garantia de que não houve inviolabilidade de direitos de um indivíduo, mas também de que não se afrontou direitos como os de uma vida digna, com liberdade e segurança de toda uma coletividade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. Segurança jurídica e justiça constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, 41, (2), 2001, pp. 619-630.

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO NETO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Notícia do Direito Brasileiro, Nova Série, n. 6. Brasília: Editora UnB, 2º semestre de 1998, p. 233-250.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Da justiça na Constituição da República Portuguesa - subsídio para a determinação do seu estatuto epistemológico-jurídico. In: **AAVV, Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976, Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras**, AAFDL, 2001: (1-680): [63-121].

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação – aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 400 p.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**.

Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
ZOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal** – sistemas e princípios. Curitiba: Juruá, 2006.

Recebido: 24-3-2014

Recebido: 20-5-2014
